

Betydningen av EUs pakt om grunnleggende rettigheter for EØS-retten

Av Halvard Haukeland Fredriksen

Artikkelen drøfter hvilken betydning EUs pakt om grunnleggende rettigheter må antas å ha for tolkningen og anvendelsen av EØS-avtalen. I EU fikk pakten status som rettslig bindende primærrett gjennom Lisboatraktaten, men den er ikke innlemmet i EØS-avtalen eller på annet vis formelt anerkjent av EØS-avtalens parter. Som følge av homogenitetsmålsettingen, EØS-statenes felles forpliktelser i henhold til EMK og EFTA-domstolens oppfatning av at EØS-avtalen må tolkes i lys av grunnleggende rettigheter, er det likevel grunn til å tro at pakten indirekte vil påvirke tolkningen av EØS-avtalen. I artikkelen drøftes rekkevidden av paktens betydning for EØS-retten i ulike typetilfeller.¹

Halvard Haukeland Fredriksen er førsteamanuensis i EU/EØS-rett ved Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen. Ph.d. fra Universitetet i Bergen på avhandlingen *Offentligrettslig erstatningsansvar ved brudd på EØS-avtalen* (2013). Dr. jur. fra Universitetet i Göttingen, Tyskland, på en avhandling om tyske og norske domstolers samarbeid med hhv. EU-domstolen og EFTA-domstolen (2009).

1. Innledning

Knappe fire år etter at EUs pakt om grunnleggende rettigheter fikk status som rettslig bindende primærrett gjennom Lisboatraktaten,² kan det konstateres at pakten er i ferd med å innta en fremtredende posisjon i EU-domstolens rettspraksis. Ifølge Kommisjonens seneste årsrapport knyttet til anvendelsen av pakten økte antall saker hvor EU-domstolen henviser til bestemmelser i pakten fra 43 i 2011 til 87 i 2012.³ Mange av disse avgjørelsene gjelder EU-rettslige problemstillinger som må kunne karakteriseres som EØS-relevante – enten fordi EU-domstolen uttaler seg om tolkningen (eller gyldigheten) av EU-regler som er innlemmet i

¹ Artikkelen er basert på min prøveforelesning for graden ph.d. ved Det juridiske fakultet i Bergen 31. mai 2013. Takk til Christian Franklin og Gjermund Mathisen for nyttige kommentarer til manuskriptet.

² Jf. EU-traktaten artikkel 6 nr. 1: «Unionen anerkender de rettigheder, friheder og principper, der findes i chartret om grundlæggende rettigheder af 7. december 2000 som tilpasset den 12. december 2007 i Strasbourg, der har samme juridiske værdi som traktaterne.» Bestemmelsen ble satt inn gjennom Lisboatraktaten og trådte i kraft 1. desember 2009. For en nærmere redegjørelse for paktens tidligere og nåværende status i EU-retten vises det til Christian Franklin, «The Legal Status of the EU Charter of Fundamental Rights after the Treaty of Lisbon», *Tilburg Law Review* 2010-2011 s. 137-162.

³ 2012 Report on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights, COM (2013) 271 final.

EØS-avtalen eller fordi bestemmelser i pakten trekkes inn i vurderingen av EU-institusjonenes eller medlemsstatenes gjennomføring og håndhevelse av EØS-relevant EU-rett. Dermed oppstår uunngåelig spørsmålet om paktens betydning for tolkning og anvendelse av EØS-avtalen. Ut over noen korte bemerkninger knyttet til paktens innhold og betydning i EU-rettslig sammenheng (punkt 2), er det dette spørsmålet som vil bli forsøkt besvart i det følgende (punkt 3 flg.).

For ordens skyld nevner jeg at jeg har valgt å holde meg til det offisielle norske navnet på det som på dansk heter *Den Europæiske Unions Charter om grundlæggende rettigheder*, men som Utenriksdepartementet på norsk har døpt *Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter*. Dette er også det navnet som brukes i de offisielle norske versjonene av direktiver og forordninger hvor det i fortalene vises til pakten (se nærmere i punkt 4.2). Etter offentliggjøring i EØS-tillegget til EU-tidende anses disse oversettelsene som autentiske i henhold til EØS-avtalen artikkel 129. Det kan kanskje diskuteres hvor heldig den norske oversettelsen er i en situasjon hvor så godt som samtlige av EUs offisielle språk omtaler dokumentet som et charter, men det er altså snakk om det offisielle norske navnet. Ved elektroniske søk etter norske rettskilder er det imidlertid grunn til å være oppmerksom på at pakten tidvis omtales som EUs charter om grunnleggende rettigheter, slik at begge betegnelsene må tas med.

2. Kort om grunnrettighetspaktens innhold og rekkevidde

Noe kort og konsist svar på hva grunnrettighetspakten inneholder, er det dessverre ikke mulig å gi. Spissformulert fremstår pakten som en salig blanding av sivile, politiske, økonomiske, sosiale og kulturelle «rettigheter, friheter og prinsipper». Mange bestemmelser er hentet fra, eller i det minste klart inspirert av, Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK). Andre bestemmelser er hentet fra Europarådets sosialpakt fra 1961 og fra EFs Pakt om grunnleggende sosiale rettigheter for arbeidstakere fra 1989. Artikkel 1 om menneskeverdets ukrenkelighet er klart inspirert av artikkel 1 i den tyske grunnloven. En rekke bestemmelser kodifiserer rettigheter som allerede er anerkjent av EU-domstolen som uttrykk for medlemsstatenes felles forfatningsmessige tradisjoner og som på dette grunnlag har status som ulovfestet EU-rett av samme rang som traktatene selv. Også flere andre bestemmelser er dessuten eksplisitt eller implisitt knyttet til allerede eksisterende EU-regler på et vis som gjør at det langt i fra er klart om det har noen praktisk betydning at de aktuelle rettighetene nå også fremgår av grunnrettighetspakten.⁴ En rekke bestemmelser i pakten gir for øvrig ikke opphav

⁴ Som eksempel på de nokså mange bestemmelsene i pakten som viser til annen EU-rett får det her være tilstrekkelig å nevne artikkel 27 om arbeidstakeres rett til informasjon og konsultasjon, artikkel 30 om vern mot usaklig oppsigelse og artikkel 34 om rett til trygd og sosialhjelp. I nevnte artikkel 27 om arbeidstakeres rett til informa-

til konkrete rettigheter som private kan håndheve ved domstolenes hjelp, men derimot bare «prinsipper» som i henhold til artikkel 52 nr. 5 først kan påberopes for domstolene når de er blitt konkretisert og gjennomført i form av EU-lovgivning og selv da bare i forbindelse med fortolkning eller gyldighetskontroll av den aktuelle lovgivningen. EØS-relevante eksempler på dette er artikkel 35 som gir anvisning på et høyt nivå for vern av menneskers helse, artikkel 37 om et høyt beskyttelsesnivå på miljørettens område og artikkel 38 om sikring av et høyt nivå på forbrukerbeskyttelsen i EU.⁵

I henhold til artikkel 51 nr. 1 gjelder bestemmelsene i pakten både for EU selv (dvs. Unionens institusjoner, organer, kontorer mv.) og for medlemsstatene, men for sistnevntes vedkommende «kun når de gjennomfører EU-retten». Denne begrensningen må sees i sammenheng med EU-traktaten artikkel 6 nr. 1 annet ledd, hvor det understrekes at pakten ikke på noe vis utvider EUs myndighet. For sikkerhets skyld fremgår dette også av paktens artikkel 51 nr. 2: «Dette charter udvider ikke anvendelsesområdet for EU-retten ud over Unionens kompetencer og skaber ingen nye kompetencer eller nye opgaver for Unionen og ændrer ikke de kompetencer og opgaver, der er fastlagt i traktaterne». Den eksakte rekkevidden av paktens anvendelsesområde har allerede vært gjenstand for flere saker for EU-domstolen.⁶ Selv om dette indirekte er en problematikk som kan ha relevans også i EØS-rettslig sammenheng, vil den ikke bli omtalt nærmere i denne sammenheng.⁷

3. Overordnede føringer for paktens betydning for EØS-retten: Suverenitetsbetraktninger og privates rettigheter vs. homogenitetsmålsettingen

Utgangspunktet for vurderingen av paktens betydning for EØS-retten er klart og greit: Den er ikke gjort til en del av EØS-avtalen. Det er derfor nærliggende å slutte seg til den norske regjeringens anførsler for EFTA-domstolen i sak E-12/10 *ESA mot Island*:

sjon og konsultasjon heter det at dette skal sikres «i de tilfeller og på de vilkår som er fastsatt i unionsretten». Liknende formuleringer finnes i artikkel 30 og 34.

⁵ Interessant nok angir ikke pakten selv hvilke bestemmelser som inneholder rettigheter og hvilke som bare inneholder prinsipper – dette beror på en tolkning av hver enkelt bestemmelse.

⁶ Jf. særlig sak C-617/10 [SK], *Åklagaren mot Fransson*, dom 26. februar 2013 (med videre henvisninger til tidligere avgjørelser).

⁷ EØS-relevansen skyldes at spørsmålet om paktens rekkevidde i realiteten bare er et spørsmål om EU/EØS-rettens generelle anvendelsesområde.

«The Kingdom of Norway [...] observes that the Charter has not been incorporated into the EEA Agreement and consequently asserts that it lacks direct relevance for the interpretation of the Agreement.»⁸

I utgangspunktet fremstår dette som temmelig selvsagt. Vektlegging av grunnrettighetspakten vil jo lede til at Norges folkerettslige forpliktelser i henhold til EØS-avtalen påvirkes av et dokument som norske myndigheter ikke har hatt noen som helst innflytelse over og som regjering og storting ikke på noe tidspunkt har erklært seg bundet av. I tilfeller hvor vektlegging av pakten vil påføre EFTA-statene nye forpliktelser, er det ikke vanskelig å se at dette er problematisk av hensyn til statenes suverenitet.

Fra EØS-litteraturen er det her naturlig å nevne en forfatter som Hans Petter Graver, som tidligere uttrykte skepsis mot tanken på at innholdet av EØS-avtalen kan påvirkes av traktatendringer i EU:

«In my view, to hold that the EFTA states are under an obligation to let their obligations be influenced by revisions of the treaties between the Member States of the European Union would certainly give new meaning to the concept of supranationality. This would amount to a situation where the EFTA states were legally bound to developments caused by treaties concluded by foreign states.»⁹

Konkret med tanke på grunnleggende rettigheter har Karin Fløistad uttrykt seg i tilsvarende vendinger.¹⁰ Mer generelt kan Niels Fenger forstås i samme retning:

«Nothing in the EEA Agreement gives basis for concluding that the homogeneity objective is so strong that the EFTA States can indirectly be said to have promised to conform to whatever unilateral steps the other Contracting parties might take. On the contrary, the Agreement rests on the principle that all changes, regardless of whether they relate to primary or secondary EC law, can only bind an EFTA State in so far as that State agrees to the new rules.»¹¹

Det er dessuten ikke bare hensynet til EFTA-statenes suverenitet som begrenser mulighetene for dynamisk tolkning av EØS-avtalen. Hensynet til private som er tillagt rettigheter gjennom avtalen må også tas med i betraktningen. I tilfeller hvor bestemmelser i pakten synes å øke myndighetenes handlingsrom, vil jo EFTA-statene neppe ha noe imot å la dette påvirke tolk-

⁸ Sak E-12/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2010 s. 117, rettsmøterapportens avsnitt 163.

⁹ Hans Petter Graver, 'Mission Impossible: Supranationality and National Legal Autonomy in the EEA Agreement', *European Foreign Affairs Review* 2002 s. 73–90, på s. 88.

¹⁰ Karin Fløistad, *Fundamental Rights and the EEA Agreement*, Arena Report No. 1/2004, s. 89.

¹¹ Niels Fenger, 'Limits to a dynamic homogeneity between EC law and EEA law', i: Fenger/Hagel-Sørensen/Vesterdorf (red.), *Festschrift Claus Gulman*, København 2006, s. 131-154, på s. 145.

ningen av avtalen. Her er det derfor ikke hensynet til EFTA-statenes suverenitet, men hensynet til beskyttelse av privates rettigheter som begrenser mulighetene for dynamisk tolkning: Grunnleggende betraktninger om retts-sikkerhet og privates mulighet til å forutberegne sin rettsstilling tilsier at det er grenser for hvor langt domstolene kan gå i innskrenkende fortolkning av EØS-rettigheter under henvisning til at EU har vedtatt en pakt om grunnleggende rettigheter.¹²

To avgjørelser fra EFTA-domstolen som illustrerer dette er sak E-1/01 *Einarsson* og sak E-1/02 *ESA mot Norge* (Postdok-saken).¹³ I *Einarsson* argumenterte Island (med støtte av Norge) for at en ordning med lavere avgifter for bøker på islandsk enn for utenlandske bøker kunne rettferdiggjøres i lys av nye traktatbestemmelser som slo fast at EU skal respektere medlemsstatenes nasjonale identitet og ta kulturelle forhold i betraktning i anvendelsen av EU-retten. EFTA-domstolen avviste imidlertid en analogisk anvendelse av disse bestemmelsene under henvisning til at «it would not be a proper exercise of the judicial function to seek to extend the scope of application of the EEA Agreement on that basis.»¹⁴ På tilsvarende vis avviste EFTA-domstolen i *Postdok*-saken den norske regjeringens anførsler om at øremerking av visse universitetsstillinger for kvinner kunne rettferdiggjøres bl.a. i lys av bestemmelser i EF-traktaten som presiserte at likebehandlingsprinsippet ikke er til hinder for en hver form for kjønnskvoltering.¹⁵ EFTA-domstolen påpekte at denne bestemmelsen ikke var gjort til en del av EØS-retten og at den derfor ikke kunne anvendes som «a legal basis to decide the present application either directly or by analogy».¹⁶ I begge sakene var det altså EFTA-statene som argumenterte for analogisk anvendelse av nye EU-regler og EFTA-domstolen som stilte seg avvisende til dette. Forklaringen er at analogisk anvendelse av ny EU-rett i disse tilfellene ble hevdet å gi statene økt handlingsrom – forutsetningsvis på bekostning av privates rettigheter.

Et senere eksempel hvor det nettopp var bestemmelser i pakten som ble anført av islandske myndigheter er sak E-12/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2010 s. 117. Den islandske regjeringens resonnement var tilsynelatende at grunnrettighetspaktens artikkel 31 om rett til rettferdige og rimelige arbeidsvilkår og artikkel 34 om trygd og sosialhjelp var relevante for tolkningen av minstelønnsbegrepet

¹² Dette fremheves med rette av Fenger i hans bidrag omtalt i forrige fotnote.

¹³ Sak E-1/01, *Einarsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 1 og sak E-1/02, *ESA mot Norge* (postdok-saken), EFTA Ct. Rep. 2003 s. 1.

¹⁴ *Einarsson*, avsnitt 43 og 45.

¹⁵ Jf. nå også grunnrettighetspakten artikkel 23.

¹⁶ *Postdok*-saken, avsnitt 55.

i direktiv 96/71/EF. Som påpekt av ESA (se rettsmøterapporten, avsnitt 89) er dette et *resonnement* som det er vanskelig å følge. EFTA-domstolen gikk ikke inn på anførslene knyttet til pakten i den etterfølgende dommen.

Samtidig vet alle som beskjeftiger seg med EØS-rett at spørsmålet om hvordan man skal tolke avtalen i tilfeller hvor det skjer endringer i EU-retten, ikke er enkelt. Hele poenget med EØS-avtalen er jo å integrere EFTA-statene i EUs indre marked. I formålsbestemmelsen i EØS-avtalens artikkel 1 fremheves målsettingen om like konkurransevilkår og overholdelse av samme regler i et ensartet EØS. Poenget er ikke bare at EØS-avtalen skal tolkes og anvendes likt i EFTA-statene og i EU, men at EØS-regelverk som er overtatt fra EU-retten skal tolkes og anvendes på samme måte som de originale EU-reglene. Det er dette som vanligvis omtales som homogenitetsmålsettingen.¹⁷

Det er klart nok at homogenitetsmålsettingen er av dynamisk karakter. Formålet om å integrere EFTA-statene i EUs indre marked forutsetter at tolkningen av EØS-retten holder følge med tolkningen av den underliggende EU-retten. Dette fremgår også direkte av avtalens fortale, hvor det i femtende avsnitt fremheves at avtalepartenes formål er å nå frem til *og opprettholde* lik fortolkning av EØS-regler og deres EU-rettslige forbilder.

EFTA-domstolen har på dette grunnlag uttalt i generelle vendinger at målsettingen om dynamisk homogenitet «may make a dynamic interpretation of EEA law necessary».¹⁸ I den alt omtalte postdok-saken hintet EFTA-domstolen i samme retning da den uttalte at tolkningen av det aktuelle direktivet måtte ta hensyn til «the evolving legal and societal context in which it operates», noe som i denne sammenheng betød utviklingen i EU-retten knyttet til økt aksept av kvotering som et virkemiddel i likestillingspolitikken.¹⁹

Det hører dessuten med i analysen av *Einarsson* og *Postdok* at begge sakene nok ville fått samme utfall selv om EFTA-domstolen hadde trukket de nye traktatreglene inn i tolkningen, noe som tilsier at avgjørelsene ikke nødvendigvis innebærer at EFTA-domstolen vil være like avvisende i tilfeller hvor tolkning i lys av nye bestemmelser er påkrevd for å bevare rettsenheten i EØS. Som påpekt av Niels Fenger bør uttalelsene snarere sees som en betimelig advarsel til avtalepartene om behovet for en revisjon av EØS-avtalens hoveddel.²⁰

¹⁷ Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen og Gjermund Mathisen, *EØS-rett*, Bergen 2012, s. 37 flg.

¹⁸ Sak E-4/04, *Pedicel mot Staten v/Sosial- og helsedirektoratet*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 1, avsnitt 28.

¹⁹ Sak E-1/02, *ESA mot Norge (postdok-saken)*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 1, avsnitt 56.

²⁰ Fenger 2006 s. 143.

I saker hvor homogenitetsmålsettingens rekkevidde *har* kommet på spissen, har både EFTA-domstolen og EU-domstolen strukket seg langt for å unngå at endringer av EU-traktatene leder til rettsulikhet mellom EU-retten og EØS-retten.²¹

Som et utgangspunkt for analysen av grunnrettighetspaktens betydning som tolkningsfaktor er det også grunn til å fremheve at EFTA-domstolen generelt har etablert en klar presumsjon for at EØS-regler som er hentet fra EU-retten skal fortolkes og anvendes i samsvar med de originale EU-reglene og stilt opp et krav om «tvingende grunner» («compelling grounds») for å bryte med homogenitetsmålsettingen.²²

I EØS-litteraturen har det vært gjort forsøk på å forsvare EFTA-domstolens dynamiske tilnærming ut fra betraktninger om at så lenge alle avtaleparter egentlig ønsker å bevare rettsenheten i EØS, så må EFTA-domstolen – nærmest ut fra betraktninger om en form for «hypotetisk traktatgivervilje» – være legitimert til å ivareta homogenitet gjennom en dynamisk tolkning av EØS-avtalen. Ifølge EFTA-domstolens mangeårige president, Carl Baudenbacher, leder dette til at tradisjonelle oppfatninger av rollefordelingen mellom domstoler og lovgivere er irrelevante i EØS-sammenheng.²³ Tarjei Bekkedal må forstås i sammen retning når han påpeker at selv om EFTA-domstolen i noen grad kan bli beskyldt for å opptre politisk ved å trekke homogenitetsprinsippet langt, så er det *mer* – ikke mindre – politisk å sette homogeniteten på spill.²⁴ Ifølge Bekkedal bør derfor EFTA-domstolen så langt det er mulig betrakte ikke-homogenitet som et politisk spørsmål EFTA-statene selv må ta stilling til.

Det sier seg selv at den prinsipielle uenigheten i litteraturen om homogenitetsmålsettingens generelle rekkevidde vil kunne få høyst praktiske følger for vurderingen av grunnrettighets-

²¹ Se nærmere Halvard Haukeland Fredriksen, «Er EFTA-domstolen mer katolsk enn paven?» *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2009 s. 507-576, på s. 565 flg. Fra den senere tid er det særlig grunn til å fremheve EFTA-domstolens tilnærming i sak E-3/11, *Sigmarsson mot Seðlabanki Íslands*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 430 og sak E-4/11, *Clauder mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216. *Clauder* omtales nærmere nedenfor. For en kritisk vurdering av EFTA-domstolens temmelig offensive bruk av homogenitetsmålsettingen i *Sigmarsson* får det i denne sammenheng være tilstrekkelig å vise til den utførlige kommentaren fra Dóra Guðmundsdóttir i *Common Market Law Review* 2011 s. 2019-2038.

²² Se blant annet forente saker E-9/07 og E-10/07, *L'Oréal Norge AS mot Per Aarskog AS m.fl. og Smart Club Norge*, EFTA Ct. Rep. 2008 s. 259, avsnitt 31.

²³ Carl Baudenbacher, «Der EFTA Gerichtshof, das EWR-Abkommen und die Fortentwicklungen des EG-Vertrages», i: *Festschrift zum 75. Geburtstag von Prof. Dr. Dr. Herbert Batliner*, Vaduz 2004 s. 97–110, på s. 106.

²⁴ Tarjei Bekkedal, *Frihet, likhet og fellesskap*, Bergen 2008, s. 146-147.

paktens betydning for EØS-retten. For egen del mener jeg at hensynet til beskyttelse av privates rettigheter og/eller hensynet til EFTA-statenes suverenitet må trumfe homogenitetsmålssettingen i tilfeller hvor det ikke er mulig å tolke EØS-retten i samsvar med EU-retten *uten å legge vekt på EU-regler som ikke er gjort til en del av EØS-avtalen*.²⁵ Noen særlig klar grense gir dette likevel ikke. Eneste farbare vei er å foreta en nærmere vurdering av typetilfeller hvor grunnrettighetspaktens betydning for EØS-retten kan tenkes å komme på spissen.

4. Pakten som tolkningsfaktor for EU-regelverk som er innlemmet i EØS-avtalen

4.1. Innledning

I analysen av grunnrettighetspaktens betydning for EØS-retten er det grunn til å sonde mellom tilfeller hvor grunnrettighetspakten «bare» utgjør en tolkningsfaktor i tolkningen av EU-regler som er innlemmet i EØS-avtalen og tilfeller hvor bestemmelser i pakten selv utgjør det rettslige grunnlag for å prøve gyldigheten av EØS-relevant EU-lovgivning eller for å pålegge medlemsstatene eller EU/EØS-institusjonene forpliktelser.

4.2. EØS-regelverk som henviser til pakten

En praktisk viktig, og tilsynelatende stadig viktigere, undergruppe av tilfellene hvor grunnrettighetspakten utgjør en tolkningsfaktor er direktiver og forordninger som inneholder uttrykkelige henvisninger til pakten. Dette er en interessant utvikling som hittil ikke har fått nevneverdig oppmerksomhet i EØS-rettslig sammenheng og som viser at det faktisk ikke er riktig å hevde helt generelt at pakten ikke er anerkjent av EØS-avtalens parter.

Det får i denne sammenheng være tilstrekkelig å nevne bare et par eksempler.

REACH-forordningen (nr. 1907/2006) om kjemikalier, fortalens avsnitt 131:

«Denne forordning respekterer de grunnleggende rettigheter og prinsipper som er anerkjent særlig i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter. Særlig søker den å sikre full overholdelse av de prinsipper for miljøvern og bærekraftig utvikling som garanteres i artikkel 37 i nevnte pakt.»

Tjenestedirektivet (2006/123/EF), artikkel 1 nr. 7 første punktum:

«Dette direktiv berører ikke utøvelsen av grunnleggende rettigheter som er anerkjent i medlemsstatene og i fellesskapsretten.»

²⁵ Se nærmere Fredriksen/Mathisen 2012 s. 228 flg.

Og mer utførlig i portalens avsnitt 15:

«Dette direktiv respekterer utøvelsen av de grunnleggende rettighetene som anvendes i medlemsstatene, og som er anerkjent i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter og de medfølgende forklaringene, og bringer dem i samsvar med de grunnleggende frihetene fastsatt i traktatens artikkel 43 og 49. Disse grunnleggende rettighetene omfatter retten til å gjennomføre faglige aksjoner i samsvar med nasjonal rett og praksis som overholder fellesskapsretten.»

Datalagringsdirektivet (2006/24/EF), portalens avsnitt 22:

«I dette direktiv respekteres de grunnleggende rettigheter og overholdes de prinsipper som er anerkjent særlig i Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter. Målet med dette direktiv, sammen med direktiv 2002/58/EF, er særlig å sikre at borgernes grunnleggende rettigheter med hensyn til respekt for privatliv og kommunikasjoner samt vern av personopplysninger respekteres fullt ut, som nedfelt i paktens artikkel 7 og 8.»²⁶

Liknende henvisninger til pakten finnes i en lang rekke nyere direktiver og forordninger.^{27 28}

Nå er det viktig å være oppmerksom på at portalene til direktiver og forordninger som innlemmes i EØS-avtalen må leses i lys av avtalens protokoll 1 artikkel 1:

“The preambles of the acts referred to are not adapted for the purposes of the Agreement. They are relevant to the extent necessary for the proper interpretation and application, within the framework of the Agreement, of the provisions contained in such acts.”

Denne presiseringen må være til hinder for eventuelle forsøk på å ta de mange rettsaktene som viser til grunnrettighetspakten til inntekt for en *generell* aksept av pakten i EØS-rettslig sammenheng, men den gir samtidig klar støtte for den oppfatning at når de aktuelle reglene skal tolkes og anvendes så har grunnrettighetspakten *samme betydning* som tolkningsfaktor i EØS som i EU.

Dette synes også å være norske myndigheters oppfatning da tjenstedirektivet ble gjennomført i norsk lov ved tjensteloven fra 2009: I § 2 tredje ledd heter det at loven ikke griper inn i

²⁶ Merk at direktivet ennå ikke er trådt i kraft i EØS-rettslig sammenheng (som følge av manglende godkjenning fra Alltinget på Island). Den norske oversettelsen har derfor ennå ikke status som autentisk tekst, jf. EØS-avtalen artikkel 129.

²⁷ Bl.a. i direktiv 2006/86/EF, direktiv 2006/73/EF, direktiv 2006/46/EF, direktiv 2006/17/EF, direktiv 2005/65/EF, direktiv 2005/60/EF, direktiv 2005/29/EF, forordning 2006/2004, forordning 725/2004, forordning 139/2004, direktiv 2004/113/EF, forordning 2004/109/EF, direktiv 2004/72/EF og direktiv 2004/38/EF

²⁸ Liknende henvisninger finnes dessuten regelmessig i nye rettsakter som faller inn under Schengen-avtalen, se bl.a. forordningene 265/2010, 810/2009, 81/2009, 1104/2008, 863/2007 og 1987/2006.

utøvelsen av grunnleggende rettigheter. I lovforarbeidene er det påpekt at EUs pakt om grunnleggende rettigheter ikke er formelt anerkjent som en del av EØS-avtalen, men samtidig presiseres det at henvisningen til grunnleggende rettigheter i § 2 tredje ledd materielt sett må forstås på samme måte som i EU-retten.²⁹ I praksis betyr dette at dersom EU-domstolen skulle foreta en innskrenkende fortolkning av tjenstedirektivet under henvisning til grunnrettighetspakten, så forutsetter norske myndigheter at dette vil få tilsvarende betydning også i EØS-rettslig sammenheng.

4.3. Annet EØS-regelverk

4.3.1. Innledning

Spørsmålet om grunnrettighetspaktens betydning er vanskeligere ved tolkning av EØS-regelverk som ikke inneholder noen henvisning til pakten.

EØS-avtalens fortale inneholder riktignok en generell henvisning til et Europa grunnlagt på fred, demokrati og menneskerettigheter, men det er – som påpekt av bl.a. Sejersted m.fl. – et temmelig tynt rettskildegrunnlag for eventuelt å innfortolke en hel katalog med grunnleggende rettigheter i avtalen.³⁰

EFTA-domstolen har likevel ved flere anledninger uttalt helt generelt at EØS-avtalen må fortolkes i lys av grunnleggende rettigheter.³¹ Grunnlaget for dette standpunktet er imidlertid ikke videre klart,³² noe som leder til at det heller ikke er klart hva slags grunnleggende rettigheter det siktes til eller hva som skal til for at noe skal anerkjennes som grunnleggende rettigheter i denne sammenheng. I motsetning til EU-domstolen har EFTA-domstolen foreløpig ikke gjort noe forsøk på å knytte anerkjennelsen av grunnleggende rettigheter til EØS-statenes felles forfatningsrettslige tradisjoner.³³ I stedet har EFTA-domstolen knyttet vurderingene tett

²⁹ Ot.prp. nr. 70 (2008-2009) s. 130-131.

³⁰ Fredrik Sejersted m.fl. *EØS-rett*, 3. utg., Oslo 2011, s. 107. Se også mer utførlig til dette Fløistad 2004 s. 47 flg.

³¹ Se bl.a. sak E-2/03, *Påtalemakten mot Ásgeirsson m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 18, avsnitt 23, og sak E-12/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117, avsnitt 60.

³² Noe som i senere tid bl.a. er påpekt av Thomas Burri og Benedikt Pirker, «Constitutionalization by Association? The Doubtful Case of the European Economic Area», *Yearbook of European Law* 2013 s. 1-23, på s. 10-11.

³³ Men se nå helt nylig sak E-7/12, *Schenker mot ESA*, dom 16. juli 2013, avsnitt 38 (dommen omtales nærmere nedenfor i punkt 5.2.4).

opp mot EMK og tilhørende praksis fra EMD.³⁴ Nå har EFTA-domstolen hele tiden unngått formuleringer som kunne tilsi at det bare er EMK-rettigheiter som regnes som grunnleggende rettigheter i EØS-rettslig sammenheng, men etter mitt syn er det likevel grunn til å sonde mellom tilfeller hvor EU-domstolen trekker inn bestemmelser i pakten som er hentet fra EMK og tilfeller hvor EU-domstolen anvender bestemmelser i pakten som rekker ut over EMK-forpliktelsene. Som det vil fremgå av det følgende er spørsmålet om homogenitetsmålsettingens rekkevidde langt vanskeligere i sistnevnte enn i førstnevnte kategori.

4.3.2. Tilfeller hvor EU-domstolen trekker inn bestemmelser i pakten som er hentet fra EMK

For bestemmelser i grunnrettighetspakten som er hentet fra EMK – og dem er det mange av – må EØS-statenes felles forpliktelser som parter til EMK trekkes inn i vurderingen. Fra et EMK-perspektiv er det klart at EØS-statene ikke kan løpe fra konvensjonsforpliktelsene gjennom å inngå en internasjonal avtale som ikke lever opp til konvensjonens standarder.³⁵ Anvendelse av EØS-regler i strid med EMK vil derfor i prinsippet kunne klages inn for Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg,³⁶ noe som leder til at samtlige EØS-stater har en klar interesse av at EØS-avtalen tolkes og anvendes i samsvar med EMK.³⁷ I forbindelse med undertegningen av EØS-avtalen i 1992 kom dessuten avtalepartene med en felles erklæring om at avtalen ikke berører rettigheter som er sikret gjennom allerede eksisterende avtaler, herunder avtaler som gjelder private, med mindre minst likeverdige rettigheter følger av EØS-avtalen selv.³⁸ EFTA-domstolen er nok derfor på trygg grunn når den har slått fast at EØS-avtalen må

³⁴ Jf. bl.a. *Ásgeirsson*, avsnitt 23: «The provisions of the European Convention of Human Rights and the judgments of the European Court of Human Rights are important sources for determining the scope of these rights.» Dette er gjentatt i sak E-12/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117, avsnitt 60.

³⁵ Jf. bl.a. EMDs dommer i sak 24833/94, *Matthews mot Storbritannia*, Reports of Judgments and Decisions 1999-I s. 251 og i sak 45036/98 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi mot Irland*, Reports of Judgments and Decisions 2005-VI.

³⁶ Se nærmere om dette Halvard Haukeland Fredriksen og Knut Einar Skodvin, «Den europeiske menneskerettighetsdomstolens kontroll med vern av grunnleggende rettigheter i EF, EU og EØS», *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2006 s. 527-580.

³⁷ For norske domstoler vil en tolkning av EØS-forpliktelsene i konflikt med EMK lede til en intern konflikt mellom forrangsbestemmelsene i EØS-loven § 2 og menneskerettsloven § 3. Gjennom en EMK-konform fortolkning av EØS-retten unngår man dette.

³⁸ Felles erklæring «On the relation between the EEA Agreement and existing Agreements», knyttet til EØS-avtalens sluttakt: «The EEA Agreement shall not affect rights assured through existing agreements binding one or more EC Member States, on the one hand, and one or more EFTA States, on the other, or two or more EFTA

tolkes i lys av EMK.³⁹ Indirekte åpner dette for å trekke grunnrettighetspaktens EMK-baserte bestemmelser inn i tolkningen av EØS-avtalen, noe tolkningen av direktiv 2004/38/EF i sak E-4/11 *Clauder* gir et interessant eksempel på:

«47 ... it should be recalled that all the EEA States are parties to the ECHR, which enshrines in Article 8(1) the right to respect for private and family life. According to established case-law, provisions of the EEA Agreement are to be interpreted in the light of fundamental rights (...). *The Court notes that in the European Union the same right is protected by Article 7 of the Charter of Fundamental Rights.*»⁴⁰

Et meget interessant trekk ved EFTA-domstolens tilnærming i *Clauder* er at henvisningen til retten til familieliv tjener til å understøtte en tolkning av direktiv 2004/38/EF som avhjelper det potensielle problem at direktivet i EU-rettslig sammenheng er tett knyttet opp mot EUs Unionsborgerskap. I EU-domstolens praksis er den nokså vidtrekkende tolkningen av dette direktivet klart påvirket av koblingen til Unionsborgerskapet.⁴¹ I EØS-rettslig sammenheng uttalte avtalepartene i en felles erklæring i forbindelse med innlemmingen av direktivet i avtalen at begrepet unionsborgerskap ikke har noen parallell i EØS-avtalen og at EØS-avtalen ikke utgjør noe rettslig grunnlag for EØS-borgernes politiske rettigheter.⁴² Som ledd i EØS-tilpasningen av direktivteksten er alle henvisninger til «Unionsborger(e)» erstattet med «statsborger(e) i EF-medlemsstatene og EFTA-statene». Nå er ikke dette i seg selv noe avgjørende argument i mot EFTA-domstolens standpunkt i *Clauder* – mye taler for at avtalepartene forutsatte at direktiv 2004/38/EF skal tolkes og anvendes likt i EU og i EØS og at det primært var frykten for at saken skulle skape presedens for fremtidige rettsakter knyttet til unionsborgerskapet som førte til den felles erklæringen. Jeg deler likevel den vurdering av dommen som Burri og Pirker nylig har gitt uttrykk for:

«A highly remarkable feature of this case is the insistence by the EFTA Court on giving full effectiveness to the directive and to not allow anything to run counter to its broad objective. This vigorously teleological approach seems central to achieve a result in line with EU citizenship case-law for the

States, such as among others agreements concerning individuals, economic operators, regional cooperation and administrative arrangements, until at least equivalent rights have been achieved under the Agreement.»

³⁹ Se bl.a. sak E-2/03, *Påtalemakten mot Ásgeirsson m.fl.*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 18, avsnitt 23, og sak E-12/10, *ESA mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 117, avsnitt 60.

⁴⁰ Sak E-4/11, *Clauder mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 216, avsnitt 47 (min kursivering).

⁴¹ Jf. sak C-127/08 [SK], *Metock m.fl. mot Minister for Justice, Equality and Law Reform*, Sml. 2008 s. I-6241.

⁴² Felles erklæring i forbindelse med EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007. Erklæringen er gjengitt i sin helhet nedenfor i punkt 5.2.1.

purpose of achieving homogeneity, although the Court does not openly state so. Teleological interpretation enabled the EFTA Court to overcome the lack of a clear legal basis for EEA citizenship in the EEA Agreement itself which would give such citizenship comparable authority to citizenship under EU law.»⁴³

Et mer generelt problem knyttet til anvendelsen av EU-domstolens praksis knyttet til bestemmelser i grunnrettighetspakten som er hentet fra EMK er at det vil kunne by på problemer å avgjøre om EU-domstolens tolkning bare oppfyller de minstekrav som følger av konvensjonen, eller om EU-domstolen har utviklet vernet videre.

Krav på en viss interesse i denne sammenheng har EU-domstolens storkammeravgjørelse i forente saker C-92/09 og C-93/09 [SK], *Schecke og Eifert mot Land Hessen*, Sml. 2010 s. I-11063, hvor EU-domstolen tolket grunnrettighetspakten artikkel 7 og 8 slik at de forbyr generell offentliggjøring av personopplysninger knyttet til alle mottakere av landbruksstøtte fra EU. EU-domstolen synes å forutsette at dens tolkning ikke går lenger enn påkrevd i henhold til EMK artikkel 8, noe som jo i norsk sammenheng synes relevant for diskusjonen knyttet til den årlige offentliggjøringen av skattelistene.

4.3.3. Andre tilfeller hvor EU-domstolen trekker inn pakten

Utenfor EMKs rekkevidde må det etter min oppfatning være klart at EFTA-domstolens henvisning til «grunnleggende rettigheter» ikke kan oppfattes som noen *en bloc* resepsjon av EUs grunnrettighetspakt som en relevant rettskilde ved tolkning av EØS-avtalen. Samtidig tilsier homogenitetsmålsettingen klart at den blotte omstendighet at EU-domstolen har trukket pakken om grunnleggende rettigheter inn i tolkningen av EØS-relevant EU-lovgivning, ikke i seg selv er noe argument imot en ensartet fortolkning av den aktuelle rettsakten. I mange tilfeller vil grunnrettighetspaktens bestemmelser bare være et støtteargument for en tolkning som nok uansett følger av andre EU-rettslige kilder som klart er gangbare i EØS-rettslig sammenheng. At EU-domstolen skulle «henge på» en henvisning til grunnrettighetspakten, kan ikke utgjøre noen tvingende grunn til å bryte med homogenitetsmålsettingen. En annen sak er at det nok vil være vanskelig å avgjøre når så er tilfellet – når er EU-domstolens henvisning til grunnrettighetspakten nødvendig for tolkningsresultatet og når er den bare et strengt tatt overflødig støtteargument? Selv om grunnrettighetspakten skulle være nødvendig i EU-rettslig sammenheng, kan det dessuten tenkes at det finnes holdepunkter i EØS-avtalen selv som likevel muliggjør en parallell fortolkning av EØS-retten (altså uten at man må anerkjenne grunnrettighetspakten som sådan som en relevant rettskilde).

⁴³ Thomas Burri og Benedikt Pirker, «Constitutionalization by Association? The Doubtful Case of the European Economic Area», *Yearbook of European Law* 2013 s. 1-23, på s. 13.

Et eksempel fra EU-domstolens praksis gir sak C-277/10 *Luksan*.⁴⁴ Flere bestemmelser i ulike direktiver ble her tolket i lys av grunnrettighetspaktens artikkel 17 nr. 2 om immaterielle rettigheter, noe som resulterte i tilsidesettelse av østerriksk lovgivning som favoriserte produsenter av filmer på bekostning av filmenes regissører. Direktivene er innlemmet i EØS-avtalen. I lys av EØS-avtalens protokoll 28 om nettopp immaterielle rettigheter synes det temmelig klart at fraværet av en prinsippbestemmelse tilsvarende grunnrettighetspaktens artikkel 17 nr. 2 ikke vil skape noen problemer for homogenitetsmålsettingen.⁴⁵

For bestemmelser i grunnrettighetspakten som er hentet fra Pakten om grunnleggende sosiale rettigheter for arbeidstakere fra 1989 kan det på liknende vis tillegges vekt at EFTA-statene i en erklæring vedlagt EØS-avtalens sluttakt uttrykte sin støtte til de politiske målsettingene som følger av denne pakten og uttalte at de deler det syn at et utvidet økonomisk samarbeid må ledsages av fremskritt for integrasjonens sosiale dimensjon.⁴⁶ Sammen med flere nokså vage uttalelser i EØS-avtalens fortale og del V kapittel 1 om sosialpolitikk, kom EFTA-domstolen i sak E-8/00 *LO* til at denne erklæringen gav tilstrekkelig grunnlag for å innfortolke et unntak for tariffavtaler i kartellforbudet i EØS-avtalen artikkel 53.⁴⁷ Dermed lyktes EFTA-domstolen med å bevare ensartet fortolkning av konkurransereglene i et tilfelle hvor EU-domstolen i aksept av et unntak for tariffavtaler hadde trukket inn en rekke traktatbestemmelser om EUs sosial- og arbeidsmarkedspolitikken som ble tilføyd ved Maastricht-traktaten og

⁴⁴ Sak C-277/10 [A5], *Luksan mot van der Let*, dom 9. februar 2012.

⁴⁵ Jf. bl.a. den generelle henvisningen i protokollens artikkel 1 nr. 2 til «the level of protection of intellectual property attained in Community law». Det kan legges til at EU-domstolen uansett formulerte seg på et vis som tyder på at pakten i dette tilfellet ikke utgjorde noe nødvendig element i tolkningen av de aktuelle direktivene (se avsnitt 71 i dommen).

⁴⁶ Declaration by the Governments of the EFTA States on the Charter of Fundamental Social Rights for Workers: "The Governments of the EFTA States share the view that enlarged economic cooperation must be accompanied by progress in the social dimension of integration, to be achieved in full cooperation with the social partners. The EFTA States wish actively to contribute to the development of the social dimension of the European Economic Area. They therefore welcome the strengthened cooperation in the social field with the Community and its Member States established under this Agreement. Recognizing the importance of guaranteeing, in this context, the fundamental social rights for workers within the whole EEA, the above-mentioned Governments endorse the principles and basic rights laid down in the Charter of the Fundamental Social Rights for Workers of 9 December 1989 recalling the principle of subsidiarity referred to therein. They note that, in the implementation of such rights, due regard must be given to the diversity of national practices, especially as regards the role of the social partners and collective agreements."

⁴⁷ Sak E-8/00, *LO mot KS*, EFTA Ct. Rep. 2002 s. 114.

som derfor ikke gjenfinnes i EØS-avtalen.⁴⁸ Det kan innvendes at denne ensidige erklæringen fra EFTA-statenes side utgjør et temmelig spinkelt rettskildegrunnlag for innskrenkende fortolkning av bestemmelser i EØS-avtalen som tillegger private rettigheter, men det må tas med i betraktningen at homogenitetsmålsettingen etablerer en klar presumsjon for ensartet fortolkning av konkurransereglene i EU og EØS.

I tilfeller hvor grunnrettighetspakten påvirker tolkningen av EØS-relevant EU-rett på et vis som det ikke er mulig å overføre til EØS-retten uten å trekke grunnrettighetspakten inn som en tolkningsfaktor, så er som alt nevnt min oppfatning at homogenitetsmålsettingen støter på sin grense. Dersom vektlegging av grunnrettighetspakten i slike tilfeller vil lede til en tolkning av EØS-retten som pålegger norske myndigheter nye forpliktelser, er det hensynet til EØS-statenes suverenitet som slår inn. Dersom vektlegging av grunnrettighetspakten vil lede til en tolkning av EØS-retten som øker norske myndigheters handlingsrom, så er det hensynet til private rettighetssubjekter som slår inn. Resultatet blir i begge tilfellene at homogenitetsmålsettingen må vike, ut fra den enkle begrunnelse at grunnrettighetspakten ikke er gjort til en del av EØS-avtalen. Det bør imidlertid understrekes at det nok skal en hel del til før man ender opp med en slik konklusjon – forutsetningen er som nevnt at det ikke er mulig å finne støtte i EØS-avtalen for en tolkning som i resultat sammenfaller med den tolkning som grunnrettighetspakten fører til i EU.⁴⁹

5. Pakten som primært rettsgrunnlag?

5.1. Pakten som sensurgrunnlag for EØS-relevant EU-lovgivning

Prinsipielt forskjellig fra tilfellene hvor pakten kommer inn i tolkningen av EØS-relevant EU-rett er tilfellene hvor bestemmelser i pakten leder til at EU-domstolen erklærer en EØS-relevant EU-rettsakt for ugyldig.⁵⁰ Et konkret eksempel gir storkammeravgjørelsen i sak C-236/09 *Test-Achats* fra 2011, hvor EU-domstolen kom til at en unntaksbestemmelse i direktiv 2004/113/EF som åpner for å legge vekt på kjønn som en faktor ved beregning av premier

⁴⁸ Sak C-67/96 [A5], *Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Sml. 1999 s. I-5751, avsnitt 53-60.

⁴⁹ Jf. også Fenger 2006 s. 148.

⁵⁰ Pakten opererer også selv med denne sontringen mellom tolkning og lovlighetskontroll i artikkel 52 nr. 5 (med tanke på rettsvirkningene av bestemmelser i pakten som «bare» inneholder det som i pakten defineres som «prinsipper»).

innen livsforsikring var i strid med både grunnrettighetspakten artikkel 21 om likebehandling og artikkel 23 om likestilling mellom menn og kvinner. Direktivet er innlemmet i EØS-avtalen og i norsk rett er det gjort bruk av den aktuelle unntaksbestemmelsen gjennom forsikringsvirksomhetsloven § 9-3a.

Spørsmålet er så hvilken betydning dette må få for anvendelsen av direktivet i EØS-rettslig sammenheng. Homogenitetsmålsettingen tilsier selvsagt at direktivbestemmelsen ikke godt kan fortsette å være i kraft i EØS etter at den er blitt erklært ugyldig i EU, men rettslig sett er det ikke helt lett å begrunne dette i tilfeller hvor ugyldighetsgrunnen ikke er omfattet av EØS-avtalen. I den konkrete saken kan det hevdes at problemet løses av direktivets fortale, som henviser til nettopp grunnrettighetspakten artikkel 21 og 23 på et vis som kan tolkes slik at direktivet bare kan håndheves i den utstrekning det er forenlig med de nevnte bestemmelsene. At EFTA-domstolen savner kompetanse til å erklære en bestemmelse i et direktiv ugyldig og derfor må nøye seg med å tolke unntaksbestemmelsen så innskrenkende at det lar seg forene med grunnrettighetspakten synes i denne sammenheng uten praktisk betydning.⁵¹ Uten å ha problematisert sakens EØS-rettslige side er norske myndigheter nå i ferd med å endre forsikringsvirksomhetsloven § 9-3a i overensstemmelse med EU-domstolens dom.⁵²

Løsningen må være den samme i tilfeller hvor ugyldigheten i EU-rettslig sammenheng skyldes brudd på bestemmelser i grunnrettighetspakten som er hentet fra EMK, jf. redegjørelsen ovenfor for EØS-rettens forhold til EMK.

I andre tilfeller er vurderingen vanskeligere, men man kan kanskje argumentere med ugyldigheten i EU som en form for bristende forutsetning for EØS-komiteens beslutning om å inn-

⁵¹ Sml. Kommisjonens tolkning av EU-domstolens dom i «Retningslinjer for anvendelsen av Rådets direktiv 200/113/EF på forsikringsområdet i lys af Den Europæiske Unions Domstols dom i sag C-236/09 (Test-Achats)», publisert i EU-tidende C 11 13. januar 2012 s. 1.

⁵² Se Finanstilsynets høringsnotat 22. mars 2013, hvor det er foreslått følgende tilføyelse i forsikringsvirksomhetsloven § 9-3a: «Ved avtaler om private og frivillige forsikringer utenfor arbeidsforhold, skal anvendelse av kjønn som faktor ved beregningen ikke føre til forskjeller i forsikringstakeres premier og ytelser.» Merk imidlertid at Finanstilsynet legger opp til at de nye reglene bare skal gjelde for nye avtaler som inngås fra datoen for ikrafttredelse av den foreslåtte lovendringen, noe som ikke er helt lett å forene med min oppfatning av at EU-domstolens utlegning av grunnrettighetspakten artikkel 21 og 23 må antas å ha samme konsekvenser for anvendeligheten av unntaksbestemmelsen i direktivets artikkel 5 nr. 2 i EØS-rettslig som i EU-rettslig sammenheng.

lemme den i EØS-avtalen.⁵³ Det må imidlertid innrømmes at dette er ikke akkurat er noe særlig solid rettskildemessig grunnlag i et tilfelle hvor ugyldigheten skulle være til ulempe for private som har innrettet seg i tillit til den aktuelle regelen.

5.2. Pakten som rettslig grunnlag for å pålegge medlemsstater og institusjoner forpliktelser?

5.2.1. Nei, men likevel ja? Uskrevne EØS-rettslige prinsipper som grunnlag for indirekte anvendelse av pakten

Så til tilfellene hvor bestemmelser i pakten selv utgjør det rettslige grunnlag for forpliktelser i EU, det være seg for EU-institusjonene eller for medlemsstatene (i tilfeller hvor de gjennomfører EU-retten⁵⁴).

I utgangspunktet må det være klart nok at pakten ikke kan tjene som primært rettsgrunnlag for å pålegge EØS-institusjonene eller EØS-statene forpliktelser – pakten er ikke gjort til en del av avtalen.

Et klart uttrykk for dette syn finnes i avtalepartenes alt omtalte felles erklæring i forbindelse med EØS-komiteens beslutning nr. 158/2007 om innlemming av direktiv 2004/38/EF i avtalen:

«Begrepet unionsborgerskap som innført ved Maastricht-traktaten [nå TEUV artikkel 20 flg. og grunnrettighetspakten artikkel 39 flg.] har ingen parallell i EØS-avtalen. Innlemmingen av direktiv 2004/38/EF i EØS-avtalen skal ikke berøre vurderingen av EØS-relevansen av framtidige EU-rettsakter eller framtidig rettspraksis i EF-domstolen basert på begrepet unionsborgerskap. EØS-avtalen medfører ikke et rettslig grunnlag for EØS-borgernes politiske rettigheter.»

Samtidig følger det av rettspraksis ikke bare fra EFTA-domstolen, men også fra EU-domstolen og vår egen Høyesterett, at homogenitetsmålsettingen ikke er begrenset til tolkningen av EØS-regelverk som er overtatt fra EU-retten. Målsettingen om å etablere et ensartet EØS med like konkurransevilkår tilsier at homogenitetsmålsettingen har et mer generelt nedslagsfelt som også omfatter spørsmål knyttet til EØS-institusjonenes og EØS-statenes håndhevelse av EØS-retten.⁵⁵

⁵³ I denne retning Carl Baudenbacher, «Between Homogeneity and Independence: The Legal Position of the EFTA Court in the European Economic Area», *Colombia Journal of European Law* 1997 s. 169-227, på s. 184.

⁵⁴ Jf. omtalen av denne begrensningen ovenfor i punkt 2.

⁵⁵ Særlig illustrerende er rettspraksis knyttet til prinsippet om statlig erstatningsansvar for brudd på EØS-avtalen, jf. EFTA-domstolens rådgivende uttalelse i sak E-9/97, *Sveinbjörnsdóttir mot Island*, EFTA Ct. Rep. 1998 s. 95

To prinsipputtalelser hentet fra EFTA-domstolens nyere praksis synes særlig illustrerende:

Sak E-18/11, *Irish Bank mot Kaupbing*, avsnitt 122:

«The objective of establishing a dynamic and homogeneous European Economic Area can only be achieved if EFTA and EU citizens and economic operators enjoy, relying upon EEA law, the same rights in both the EU and EFTA pillars of the EEA.»

Dette er en helt generell prinsipputtalelse som ut fra den sammenhengen den falt i tar sikte på spørsmålet om EØS-rettens gjennomslag i nasjonal rett.⁵⁶

Sak E-14/11 *DB Schenker mot ESA*, avsnitt 78:

«The application of the principle of homogeneity cannot be restricted to the interpretation of provisions whose wording is identical in substance to parallel provisions of EU law.»

Ut fra denne forståelsen av homogenitetsmålsettingen, som i hvert fall går helt tilbake til *Sveinbjörnsdóttir*,⁵⁷ har EFTA-domstolen lagt til grunn at en hel rekke uskrevne EU-rettslige prinsipper som kommer til anvendelse på EU-institusjonene og medlemsstatene når de gjennomfører EU-rettslige forpliktelser, må antas å gjelde tilsvarende i EØS.

Poenget i relasjon til grunnrettighetspakten er at disse uskrevne prinsippene åpner for at EØS-retten i mange tilfeller vil kunne holde tritt med EU-domstolens utvikling av de krav som stilles til institusjonenes og medlemsstatenes håndtering av EU/EØS-retten i ulike sammenhenger. Det rettslige grunnlaget for de aktuelle forpliktelsene vil formelt sett ikke være grunnrettighetspakten, men derimot uskrevne EØS-rettslige prinsipper som tolkes i lys av pakten.

Samtidig kan det vanskelig være slik at hele EUs grunnrettighetspakt i realiteten innfortolkes i EØS-avtalen gjennom rene postulater om at det i EØS-rettslige sammenheng finnes uskrevne rettsprinsipper som korresponderer med de ulike bestemmelsene i pakten. Homogenitetsmålsettingen alene kan heller ikke være tilstrekkelig, jf. det som er sagt ovenfor i punkt 3 om hensynet til EFTA-statenes suverenitet og privates EØS-baserte rettigheter. Det må derfor foretas

og den etterfølgende aksepten fra EU-domstolen i sak C-140/97 [P], *Rechberger m.fl. mot Østerrike*, Sml. 1999 s. I-3499 og fra Høyesterett i Rt. 2005 s. 1365 [P] *Finanger II*.

⁵⁶ EFTA-domstolen har allerede rukket å stadfeste denne prinsipputtalelsen i flere avgjørelser, jf. sak E-14/11, *DB Schenker m.fl. mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178, avsnitt 118; sak E-3/12, *Staten v/Arbeidsdepartementet mot Jonsson*, rådgivende uttalelse 20. mars 2013, avsnitt 60 og sak E-11/12, *Koch m.fl. mot Swiss Life*, rådgivende uttalelse 13. juni 2013, avsnitt 116.

⁵⁷ Se nærmere Fredriksen/Mathisen 2012 s. 39-40.

en konkret vurdering av om det i EØS-rettslig sammenheng virkelig lar seg utlede et uskrevet prinsipp som kan tjene som rettsgrunnlag for å pålegge EFTA-statene (eller EFTA-institusjonene) forpliktelser som helt eller delvis svarer til EU-statenes (og EU-institusjonenes) forpliktelser i henhold til pakten.

5.2.2. Retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang

Kravet til effektiv søksmålsadgang («access to court») anses av EU-domstolen som et alminnelig EU-rettslig prinsipp. Opprinnelig utledet EU-domstolen dette av medlemsstatenes felles forfatningstradisjoner, med støtte i EMK artikkel 6 og 13, men nå fremgår dette uttrykkelig av grunnrettighetspakten artikkel 47 første ledd: «Enhver, hvis rettigheter og friheter som sikret af EU-retten er blevet krenket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol». Kravet til at rettergangen skal være rettferdig («fair trial») følger naturlig med som ledd i en effektiv søksmålsadgang (artikkel 47 annet ledd).

I EØS-rettslig sammenheng har EFTA-domstolen fulgt opp ved å understreke at «[a]ccess to justice is an essential element of the EEA legal framework».⁵⁸ Domstolen har – med rette – underbygget dette standpunktet med en henvisning til en uttalelse i fortalens åttende avsnitt om betydningen av domstolenes forsvar av de rettigheter som EØS-avtalen tillegger private. Fra et EMK-rettslig perspektiv følger dessuten, som alt nevnt, langt på vei det samme av EØS-statenes felles forpliktelser i henhold til EMK artikkel 6 nr. 1.

Av særlig interesse i vår sammenheng er det imidlertid hvordan EFTA-domstolen i sak E-15/10, *Posten Norge mot ESA* benyttet anledningen til å knytte dette prinsippet opp mot grunnrettighetspakten:

«The principle of effective judicial protection including the right to a fair trial, which is *inter alia* enshrined in Article 6 ECHR, is a general principle of EEA law. *It may be noted that expression to the principle of effective judicial protection is now also given by Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union* (see on the latter point Case C-389/10 P *KME v Commission*, judgment of 8 December 2011, not yet reported, paragraph 119; and concerning the right of access to justice,

⁵⁸ Sak E-2/02, *Bellona m.fl. mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52 (avsnitt 36) og senere avgjørelser som sak E-10/4, *Piazza mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2005 s. 76 (avsnitt 43), sak E-5/10, *Kottke mot Liechtenstein*, EFTA Ct. Rep. 2009–2010 s. 320 (avsnitt 26) og sak E-3/11, *Sigmarsson mot Seðlabanki Íslands*, EFTA Ct. Rep. 2011 s. 430 (avsnitt 29).

Fra EU-domstolens praksis etter at grunnrettighetspakten fikk status som rettslig bindende finnes det en rekke saker knyttet til artikkel 47. Flere av disse sakene har EØS-tilknytning. Særlig gjelder dette konkurranserettssaker med en EØS-dimensjon, hvor Kommisjonen håndhever EØS-avtalen artikkel 53 og 54 parallelt med TEUV artikkel 101 og 102.⁶⁰ EU-domstolens tilnærming til spørsmål om uskyldspresumsjonen, forbudet mot dobbeltstraff, krav på en avgjørelse innen rimelig tid mv. i disse sakene viser at kravene til en rettferdig rettergang er de samme i saker med en EØS-dimensjon.⁶¹ Dette betyr blant annet at foretak hjemmehørende i EFTA-statene kan påberope seg paktens artikkel 47 overfor Kommisjonen på samme måte som foretak fra EUs medlemsstater. Dette er egentlig selvsagt fra et EU-rettslig perspektiv, men det innebærer samtidig at ikke bare homogenitetsmålsettingen men også hensynet til likevekt mellom avtalepartenes forpliktelser (resiprositetshensynet) tilsier at EU og EUs medlemsstater vil ha en legitim forventning om at ESA og EFTA-statenes nasjonale myndigheter lever opp til samme standarder i saker hvor de håndhever EØS-retten overfor markedsaktører fra EU.

En avgjørelse av en viss interesse i denne sammenheng er Underrettens beslutning av 19. januar 2012 i den verserende sak T-289/11, *Deutsche Bahn m.fl. mot Kommisjonen*. ESA ble her gitt tillatelse til å intervenere i en konkurransesak som bl.a. reiser spørsmål om Kommisjonen har overtrådt en rekke bestemmelser i grunnrettighetspakten (herunder artikkel 47). ESA begrunnet begjæringen bl.a. med å vise til at EFTA-domstolen har slått fast at EØS-avtalen må fortolkes i lys av grunnleggende rettigheter. Underretten sluttet seg til ESAs argumentasjon og innvilget intervensjonsbegjæringen.

⁵⁹ Sak E-15/10, *Posten Norge mot ESA*, dom 18. april 2012, avsnitt 86 (min kursivering). Paktens artikkel 47 ble for øvrig anført av de private partene allerede i sak E-2/02, *Bellona m.fl. mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2003 s. 52, men uten at EFTA-domstolen benyttet anledningen til å vise til den.

⁶⁰ Se for eksempel sak T-132/07, *Fuji Electric mot Kommisjonen*, dom 12. juli 2011; sak T-348/08, *Aragonesas Industrias y Energía mot Kommisjonen*, dom 25. oktober 2011; sak C-389/10 P [A5], *KME Germany m.fl. mot Kommisjonen*, dom 8. desember 2011; sak C-386/10 P [A5], *Chalkor mot Kommisjonen*, dom 8. desember 2011; sak T-214/06, *Imperial Chemical Industries mot Kommisjonen*, dom 5. juni 2012 og sak C-508/11 P [A5], *ENI mot Kommisjonen*, dom 8. mai 2013.

⁶¹ Se bl.a. sak T-132/07, *Fuji Electric mot Kommisjonen*, dom 12. juli 2011, hvor Underretten etter en gjennomgang av rettspraksis knyttet til TEUV artikkel 101 og grunnrettighetspakten artikkel 47 uttalte at «[o]vennævnte retspraksis finder analog anvendelse på EØS-aftalens artikel 53 og på de beslutninger, som Kommissionen har vedtaget i henhold til denne artikel» (avsnitt 91). Det samme følger implisitt av de øvrige avgjørelsene omtalt i forrige fotnote.

Et interessant trekk ved EU-domstolens praksis knyttet til retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang er hvordan EMK artikkel 6 og praksis fra Menneskerettighetsdomstolen i Strasbourg nå har havnet i bakgrunnen. EU-domstolen retter oppmerksomheten mot pakten artikkel 47⁶² og synes å være i ferd med å utvikle en egen forståelse av kravet til rettferdig rettergang som ikke nødvendigvis i ett og alt samsvarer med EMs forståelse av EMK artikkel 6. Så lenge EU-domstolen er påpasselig med å oppfylle minstekravene som følger av EMK, så er dette uproblematisk sett fra et EMK-perspektiv. Det er dessuten en naturlig utvikling av flere grunner. For det første er det engang slik at grunnrettighetspakten artikkel 47 nå utgjør det naturlige utgangspunkt for EU-domstolens vurdering av disse spørsmålene.⁶³ For det andre rekker grunnrettighetspakten artikkel 47 på enkelte punkter lenger enn EMK artikkel 6.⁶⁴ Og for det tredje er det knapt overraskende om EU-domstolen ønsker å utvikle sin egen forståelse av retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang snarere enn å forsøke å forutse hvordan EMD ville tolket EMK artikkel 6 i den aktuelle sak (med iboende fare for at etterfølgende praksis fra Strasbourg vil kunne avdekke at man har tatt feil).⁶⁵

En illustrerende avgjørelse med EØS-rettslig relevans er sak C-300/11 [SK], *ZZ mot Secretary of State for the Home Department*, dom 4. juni 2013. Saken gjaldt prinsipielt meget viktige spørsmål knyttet til retten til effektiv klageadgang i tilfeller hvor myndighetene anfører hensynet til nasjonal sikkerhet som grunnlag for å nekte innsyn i grunnlaget for en beslutning om å nekte en Unionsborger innreise i vedkommende medlemsstat, jf. direktiv 2004/38/EF artikkel 27, jf. artikkel 30. Som alt nevnt er dette direktivet innlemmet i EØS-avtalen. Selv om EU-domstolen ett sted i dommen henviser til EMK artikkel 6 nr. 1 og en dom fra EMD (se avsnitt 55) er det iøynefallende hvor liten oppmerksomhet dette vies i en sak hvor generaladvokatens innstilling inneholder langt flere henvisninger til EMD-praksis. Med tanke på det nærmere innhold i retten til effektiv klageadgang, uttalte EU-domstolen blant annet

⁶² Se bl.a. C-386/10 P [A5], *Chalkor mot Kommisjonen*, dom 8. desember 2011, avsnitt 51, og sak C-199/11 [SK], *Europese Gemeenschap mot Otis m.fl.*, dom 6. november 2012, avsnitt 47. Se også sak C-300/11 [SK], *ZZ mot Secretary of State for the Home Department*, dom 4. juni 2013, som omtales nærmere i petitavsnittet straks nedenfor.

⁶³ Selv om forholdet mellom grunnrettighetspakten og de grunnleggende rettigheter som i henhold til TEU artikkel 6 nr. 3 anerkjennes som allmenne EU-rettslige prinsipper ikke er helt klart, synes det naturlig å ta utgangspunkt i skreven fremfor uskreven rett.

⁶⁴ Bl.a. ved at den heller uklare avgrensningen av retten til domstolsbehandling etter EMK artikkel 6 til «civil rights and obligations» ikke gjenfinnes i grunnrettighetspakten artikkel 47.

⁶⁵ Det er fristende å påpeke parallellen til Høyesteretts tilbøyelighet til å supplere drøftelser av EMK med uskrevene norske rettsprinsipper, noe som hindrer at prejudikatverdien av de aktuelle dommene vil kunne undergraves av etterfølgende rettspraksis fra EMD (se for eksempel Rt. 2005 s. 833 P; Rt. 2008 s. 1764 SK og Rt. 2009 s. 1118 SK).

at det påhviler nasjonale myndigheter å fremlegge dokumentasjon for at statens sikkerhet faktisk vil bli truet dersom det gis en fullstendig begrunnelse for vedtaket om innreiseforbud og at nasjonale domstoler må foreta «en uafhængig undersøgelse af alle de retlige og faktiske omstændigheder, som den kompetente nationale myndighed har påberåbt sig, og i overensstemmelse med de nationale procesretlige bestemmelser vurdere, om statens sikkerhed er til hinder for en sådan meddelelse» (avsnitt 61-62). I norsk sammenheng reiser EU-domstolens tilnærming spørsmål ved håndteringen av bevisforbudet i tvisteloven § 22-1 i saker som gjelder bortvisning av EØS-utlendinger i henhold til utlendingsloven § 122 (noe Høyesterett for øvrig var inne på mer generelt i Rt. 2007 s. 1573, avsnitt 86).

Praksis fra EMD vil nok fremdeles være av stor betydning, men i EØS-rettslig sammenheng innebærer EU-domstolens tilnærming at det vil kunne by på problemer å avgjøre om EU-domstolens utlegning av retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang i en konkret sak går lenger enn EMK-rettslig påkrevd. Prinsipielt kan det reises spørsmål om overføringsverdien til EØS-retten i tilfeller hvor EU-domstolen måtte komme til å utlede prosessuelle rettigheter av grunnrettighetspakten artikkel 47 som går ut over EMK artikkel 6. Gitt at retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang allerede er anerkjent som et uskrevet EØS-rettslig prinsipp, er det imidlertid all mulig grunn til å anta at EFTA-domstolen – under henvisning til homogenitetsmålsettingen og hensynet om likevekt mellom avtalepartenes forpliktelser – vil fortolke og utvikle disse rettighetene i samsvar med EU-domstolens praksis. I praksis vil nok derfor EU-domstolens tolkning av grunnrettighetspakten artikkel 47 komme til å utgjøre en viktig – kanskje den viktigste – kilden til den fremtidige utviklingen av EØS-retten på dette punkt.

En interessant sak knyttet til grunnrettighetspakten artikkel 47 tredje ledd er sak C-279/09 [A5], *DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mot Tyskland*, Sml. 2010 s. I-13849. Spørsmålet i saken var om også juridiske personer i visse tilfeller kan ha krav på rettshjelp for å sikre effektiv klageadgang. EU-domstolen besvarte dette bekreftende, men la seg i premissene så tett opp mot EMD-praksis knyttet til EMK artikkel 6 at dommen neppe byr på utfordringer i EØS-rettslig sammenheng.

5.2.3. Retten til god forvaltning

Et annet eksempel hvor grunnrettighetspakten vil kunne få betydning er knyttet til EØS-rettens uskrevne krav til EØS-institusjonenes (les: ESAs) og nasjonale forvaltningsmyndigheters saksbehandling. I sak E-1/04 *Fokus Bank* slo EFTA-domstolen fast at lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 tilsier at forvaltningsmyndighetenes saksbehandling må gjennomføres på en måte som ikke undergraver de rettigheter som private kan utlede av avtalen:

«The Court notes at the outset that the EEA Agreement does not, as a general rule, lay down specific provisions governing the administrative proceedings in the Contracting Parties' legal orders. Howev-

er, such proceedings must be conducted in a manner that does not impair the individual rights flowing from the EEA Agreement. Such an obligation on the Contracting Parties follows from Article 3 EEA, the provision mirroring Article 10 EC [nå: TEU artikkel 4 nr. 3].»⁶⁶

I EU-rettslig sammenheng er det grunn til å anta at utviklingen av de tidligere uskrevne kravene til forvaltningsmyndighetene vil bli knyttet til grunnrettighetspakten artikkel 41 om retten til god forvaltning.⁶⁷ I EØS-rettslig sammenheng vil det rettslige grunnlaget fortsatt måtte bestå i uskrevne rettsprinsipper, men på samme måte som for retten til effektiv klageadgang og rettferdig rettergang tilsier homogenitetsmålsettingen at EU-domstolens utlegning av grunnrettighetspakten vil stå sentralt når innholdet av de EØS-rettslige forvaltningsprinsippene skal avdekkes. Prinsipielt er det nok en forskjell mellom EØS-rettens formålsorienterte tilnærming og grunnrettighetspaktens syn på retten til god forvaltning som en egen rettighet som står på egne bein og som har en verdi ut over det å bidra til effektiv gjennomføring av EU-retten (eksempelvis knyttet til borgernes tillit til forvaltningen). Som følge av homogenitetsmålsettingen vil imidlertid dette neppe få praktiske konsekvenser – det er ikke helt lett å se for seg at EU-domstolen skal utlede rettigheter av grunnrettighetspakten artikkel 41 som ikke med rimelighet kan innfortolkes i de uskrevne EØS-rettslige forvaltningsprinsippene og/eller EMK.⁶⁸

5.2.4. Retten til dokumentinnsyn

En regel som uansett neppe vil volde norske myndigheter nevneverdig besvær, men som kanskje vil ha større praktisk betydning for ESA er paktens artikkel 42 om rett til dokumentinnsyn. I sak E-7/12 *Schenker mot ESA* underbygget saksøker sin innsynsbegjæring i saksdokumentene fra Post-i-Butikk-saken med følgende betraktninger:

«It follows, the applicants contend, that the three EFTA Member States met their obligation under Article 108(1) EEA to provide a right of access to ESA's documents through the adoption of the RAD on 30 June 2008. After Article 42 of the Charter was made binding in EU law, as a result of Article 6(1) TEU, the right of access must now also be recognised as a fundamental right in EEA law. Conse-

⁶⁶ Sak E-1/04, *Fokus Bank mot Staten v/Skattedirektoratet*, EFTA Ct. Rep. 2004 s. 11, avsnitt 41.

⁶⁷ Se til illustrasjon sak T-214/06, *Imperial Chemical Industries mot Kommisjonen*, dom 5. juni 2012, og sak C-508/11 P [A5], *ENI mot Kommisjonen*, dom 8. mai 2013.

⁶⁸ Grunnrettighetspakten artikkel 41 ble anført av saksøker i sak E-6/09, *Magasin- og Ukepresseforeningen mot ESA* (se Rettsmøterapporten, avsnitt 44), men uten at EFTA-domstolen gikk inn på bestemmelsens potensielle betydning i dommen i saken.

quently, they argue, the right of access is a right based on the SCA and EEA Agreement, and is also a fundamental right in EEA law.»⁶⁹

I dommen i saken gikk ikke EFTA-domstolen inn på dette isolert sett temmelig friske resonnementet.⁷⁰ Rettspolitisk er det lett å slutte seg til den oppfatning at innsynsretten i ESAs dokumenter bør være minst like omfattende som den innsynsrett som EU-retten sikrer overfor EU-institusjonene, men forsøket på å begrunne dette med at paktens artikkel 42 helt uten videre gir opphav til et uskrevet EØS-rettslig prinsipp med samme innhold fremstår som temmelig anstrengt. Uten å gå inn på grunnrettighetspaktens eventuelle betydning har EFTA-domstolen foreløpig sørget for homogenitet også på dette punkt ved å betrakte ESAs interne innsynsregelverk som en del av selve EØS-avtalen. I sak E-14/11 *Schenker mot ESA* underbygget EFTA-domstolen dette standpunktet blant annet med en interessant henvisning til at regler om dokumentinnsyn er utslag av «principles of transparency and good administration common to, and fostered by, the democratic traditions of the EEA/EFTA States».⁷¹

5.2.5. Kravet om adekvate, effektive og proporsjonale sanksjoner ved brudd på EØS-retten

Et fjerde eksempel hvor grunnrettighetspakten vil kunne få indirekte betydning for uskrevene EØS-rettslige prinsipper gjelder EØS-rettens krav til nasjonale sanksjoner. Med utgangspunkt i effektivitetsprinsippet krever EU-domstolen at nasjonale sanksjoner mot overtredelse av EØS-regler skal være *adekvate, proporsjonale og avskrekkende*. Med støtte i lojalitetsplikten nedfelt i EØS-avtalen artikkel 3 og generelle effektivitetsbetraktninger uttalte EFTA-domstolen i sak E-2/10 *Kolbeinnsson* at dette må gjelde tilsvarende i EØS-rettslig sammenheng:

«The ECJ has repeatedly held that while the choice of penalties remains within the discretion of the Member States, they must ensure that infringements of European law are penalised under conditions, both procedural and substantive, which are analogous to those applicable to infringements of national law of a similar nature and importance and which, in any event, make the penalty effective, proportionate and dissuasive ... These considerations are equally valid in the context of the EEA Agreement. Provisions establishing a duty would be reduced to mere declarations of intent if they were imposed without any form of liability in the event of the duty being breached ...»⁷²

⁶⁹ Sak E-7/11, *Schenker mot ESA*, rettsmøterapporten, avsnitt 38 (min kursivering).

⁷⁰ Sak E-7/12, *Schenker mot ESA*, dom 16. juli 2013.

⁷¹ Se sak E-14/11, *Schenker mot ESA*, EFTA Ct. Rep. 2012 s. 1178, avsnitt 118.

⁷² Sak E-2/10, *Kolbeinnsson mot Island*, EFTA Ct. Rep. 2009–2010 s. 234, avsnitt 46.

I denne sammenheng kan det være grunn til å fremheve paktens artikkel 49 nr. 3, som slår fast at straff for overtredelse av EU-rett «skal stå i et rimelig forhold til den straffbare handlingen». Dette er i overensstemmelse med EU-domstolens tidligere praksis⁷³ og i og for seg rimelig nok – dersom det trues med drakoniske reaksjoner på selv mindre brudd på et kanskje uklart og omfattende EØS-basert regelverk, kan dette avholde private fra å gjøre bruk av de rettigheter som EØS-retten gir dem. For norske strafferettsjurister kan det nok likevel synes fremmed at EØS-retten med dette legger seg opp i nasjonale straffeutmålingsregler. Det gjenstår å se om kodifiseringen av dette kravet i paktens artikkel 49 nr. 3 kan føre til en mer offensiv tilnærming fra EU-domstolens side. I utgangspunktet er det uansett grunn til å anta at effektivitetsprinsippet er fleksibelt nok til at EØS-rettens krav også på dette punkt vil utvikle seg i samsvar med EU-domstolens fremtidige rettspraksis.

Noe mer usikkert er det kanskje om EU-domstolens forståelse av «prinsippet om anvendelse med tilbakevirkende kraft af mildere straffe»⁷⁴ må gjelde også i EØS. Nå kan det innvendes at dette prinsippet, som nå fremgår av grunnrettighetspakten artikkel 49 nr. 1 tredje punktum, er temmelig ukontroversielt og allerede følger av norsk strafferett.⁷⁵ EU-domstolens nærmere utlegning av dette prinsippet i sak C-142/05 *Mickelson och Roos* kan imidlertid synes noe fremmed for norske jurister. EU-domstolen fant i dette tilfellet at svenske regler om at et foreløpig totalforbud mot bruk av vannscootere utenfor offentlige skipsleder inntil man hadde utredet hvilke andre områder som kunne åpnes for vannscooterbruk uten fare for miljøet mv., bare var forenlig med EU-retten dersom utpekningen av nye områder for vannscooterbruk skjedde innen rimelig tid.⁷⁶ Domstolen fulgte opp med en uttalelse om at dersom den etterfølgende utpekningen av nye områder skulle lede til at det området som de tiltalte hadde kjørt i ble åpnet for vannscooterbruk, så måtte dette lede til frifinnelse som følge av prinsippet om anvendelse med tilbakevirkende kraft av mildere straffelovgivning.⁷⁷ EU-domstolens tilnærming her leder til at spørsmålet om Mickelson og Roos kan straffes eller ikke, i realiteten avhenger av svenske miljøvernmyndigheters etterfølgende vurdering av hvilke områder som skal åpnes for vannscooterbruk. Dette er en utpreget skjønnsmessig vurdering og det kan nok

⁷³ Se f.eks. sak 8/77, *Sagulo m.fl.*, Sml. 1977 s. 2965.

⁷⁴ Se f.eks. sak C-17/10 [SK], *Toshiba Corporation m.fl. mot Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, dom 14. februar 2012, avsnitt 64.

⁷⁵ Se straffeloven (1902) § 3 og (2005) § 3.

⁷⁶ Sak C-142/05 [A5], *Åklagaren mot Mickelson och Roos*, Sml. 2009 s. I-4273, avsnitt 37 flg.

⁷⁷ Avsnitt 43. (Merk at den danske versjonen av dommen her er i utakt med den franske originalversjonen så vel som med den autentiske svenske oversettelsen.)

spørres om ikke legalitetsprinsippet tilsier at resultatet må bli frifinnelse selv om miljømyn-
dighetene i ettertid ikke vil åpne akkurat det området hvor de tiltalte ble tatt (i hvert fall der-
som denne vurderingen ikke fremstår som miljøfaglig temmelig opplagt og derfor forutbereg-
nelig). EU-domstolens tilnærming innebærer dessuten at svenske domstoler må stille behand-
lingen av straffesakene i bero i påvente av miljøvernmyndighetenes vurdering, noe som i seg
selv representerer et interessant inngrep i den nasjonale strafferettspleien.

Usikkerheten i EØS-rettslig sammenheng skyldes at prinsippet om anvendelse med tilbake-
virkende kraft av mildere straffelovgivning ikke er like lett å knytte til betraktninger om EØS-
rettens effektivitet som kravet til adekvate, proporsjonale og avskrekkende sanksjoner. Straf-
feretten faller i utgangspunktet utenfor EØS-avtalens rekkevidde. I tilfeller hvor prinsippet
kan knyttes til vurderingen av forholdsmessigheten av nasjonale restriksjoner på de fire frihe-
ter (som, tilsynelatende, i *Mickelson og Roos*) må det likevel være riktig å tillegge prinsippet
samme betydning i EØS-rettslig som i EU-rettslig sammenheng.

5.2.6. Forbud mot aldersdiskriminering

Et siste eksempel som samtidig illustrerer vanskelighetene med å avgrense EØS-rettens sakli-
ge anvendelsesområde kan hentes fra grunnrettighetspaktens artikkel 21 om likebehandling. I
forente saker C-297/10 og C-298/10 *Hennigs og Mai* slo EU-domstolen fast at denne be-
stemmelsen er til hinder for et tariffbasert lønssystem hvor alder (og ikke ansiennitet) var
avgjørende for avlønningen.⁷⁸ Problemet i EØS-rettslig sammenheng er at denne vurderingen
er knyttet til direktiv 2000/78/EF, som ifølge EU-domstolen inneholder en presisering av det
generelle forbudet mot aldersdiskriminering. Dette direktivet er ikke innlemmet i EØS-
avtalen. Nevneverdig praktisk betydning for norske myndigheter har dette ikke – direktivet er
likevel gjennomført i norsk rett og Høyesterett har i en rekke saker lagt til grunn at det skal
tolkes i overensstemmelse med EU-domstolens tilnærming.⁷⁹ For de øvrige EØS-statene, og
dermed for norske borgere som oppholder seg i dem, kan det imidlertid få praktisk betydning
om det på EØS-rettens saklige anvendelsesområde må antas å gjelde et generelt forbud mot
aldersdiskriminering. Noe EØS-rettslig grunnlag for generell anvendelse av et forbud mot
aldersdiskriminering av EØS-borgere er det vanskelig å få øye på, men for typetilfeller som
faller inn under det saklige anvendelsesområde til hovedregelen om fri fly av arbeidskraft i

⁷⁸ Forente saker C-297/10 og C-298/10 [A5], *Hennigs og Mai*, dom 8. september 2011.

⁷⁹ Se Rt. 2010 s. 202, avsnitt 46 og 55-56, Rt. 2011 s. 609, avsnitt 68-72, Rt. 2011 s. 964, avsnitt 39-44, Rt. 2012
s. 219, avsnitt 46 og Rt. 2012 s. 424, avsnitt 30.

EØS-avtalen artikkel 28 kan dette stille seg annerledes: Dersom en (eldre) arbeidssøkende EØS-borger skulle hevde at nasjonale regler som forskjellsbehandler arbeidstakere ut fra deres alder representerer et brudd på EØS-avtalen artikkel 28, vil nok grunnrettighetspaktens artikkel 21 og EU-domstolens oppfatning av at forbudet mot aldersdiskriminering utgjør et generelt rettsprinsipp som kommer til anvendelse helt uavhengig av direktiv 2000/78/EF⁸⁰ by på betydelige problemer for de myndigheter (eller fagforeninger⁸¹) som måtte prøve å rettferdiggjøre den nasjonale rettstilstanden.

6. Avslutning

Generelt er det neppe grunn til å anta at EUs pakt om grunnleggende rettigheter er den endring i EU-retten som vil by på de største utfordringene for målsettingen om ensartet fortolkning av EØS-avtalen og den underliggende EU-retten.⁸² Med tanke på «de klassiske» sivile og politiske rettighetene som allerede er sikret gjennom EMK er dette knapt overraskende – som nevnt er samtlige EØS-stater parter til EMK og det ville være en underlig rettstilstand om man skulle være tvunget til å fortolke og anvende EØS-avtalen på et vis som ikke lar seg forene med konvensjonen.⁸³ Samtidig vil trolig pakten føre til at EU-domstolen vil få stadig større betydning som menneskerettsdomstol også i norsk sammenheng. Og fordi Menneskerettsdomstolen i Strasbourg ser hen til EU-domstolens praksis,⁸⁴ vil EU-domstolens be-

⁸⁰ Sak C-144/04 [SK], *Mangold mot Helm*, Sml. 2005 s. I-9981 og sak C-555/07 [SK], *Küçükdeveci mod Swedex GmbH & Co. KG*, Sml. 2010 s. I-365.

⁸¹ I den nevnte saken *Hennigs og Mai* ble det forgjeves anført at lønssystemet var et resultat av kollektive forhandlinger og i den forbindelse vist til grunnrettighetspakten artikkel 28 om arbeidstakere og arbeidsgiveres rett til å forhandle og inngå tariffavtaler.

⁸² Jf. også Utenriksdepartementets notat 14. juli 2009 «EU og Lisboatraktaten: Virkninger for Norge», hvor det helt generelt legges til grunn at grunnrettighetspakten status som bindende primærrett i EU «neppe [vil] gi spesielle virkninger for Norge» (punkt 10).

⁸³ Fløistad uttrykker betydelig skepsis mot en utvikling av EØS-retten som gjør EFTA-domstolen til en menneskerettsdomstol (se Fløistad 2004, bl.a. på s. 88-89). Dette kan nok etter omstendighetene være en relevant bekymring, men den kan etter mitt syn vanskelig være tilstrekkelig til å rettferdiggjøre en rettstilstand hvor EØS-avtalen tolkes og anvendes i strid med avtalepartenes EMK-forpliktelser. Så lenge Høyesterett legger til grunn en sunn skepsis overfor EFTA-domstolen utlegning av de grunnleggende rettighetene som EØS-avtalen må tolkes i lys av, og holder denne opp mot praksis fra EMD og EU-domstolen, så er nok uansett risikoen liten for at EØS-avtalen skal legge strammere bånd på norske myndigheter enn EMK-rettslig påkrevd.

⁸⁴ Se f.eks. EMDs henvisninger til EU-domstolens praksis i sak 14939/03 [SK], *Zolotukhin mot Russland*, Reports of Judgments and Decisions 2009.

tydning neppe være begrenset til EØS-avtalen (eller Norges øvrige avtaler med EU) – indirekte vil praksis fra EU-domstolen kunne komme til å påvirke innholdet av Norges forpliktelser i henhold til EMK, noe som vil bidra til å gjøre rettskildebildet på menneskerettighetsfeltet enda mer komplekst og uoversiktlig enn det allerede er. Om situasjonen blir mer eller mindre kompleks den dagen EU omsider blir part til EMK, avhenger av hvordan dette vil påvirke forholdet mellom EU-domstolen og EMD.⁸⁵

Utenfor EMK-rettighetenes rekkevidde er rettstilstanden mer usikker, men all erfaring knyttet til EFTA-domstolens tilnærming til EØS-avtalen tilsier at det skal mye til før domstolen vil føle seg tvunget til å bryte med homogenitetsmålsettingen «bare» fordi EU-domstolen har trukket grunnrettighetspakten inn i tolkningen av den underliggende EU-retten. Selv om både hensynet til EFTA-statenes suverenitet og hensynet til beskyttelse av privates EØS-baserte rettigheter tilsier at det her må trekkes en grense, så er det ikke til å komme forbi at innholdet av EFTA-statenes forpliktelser indirekte vil bli påvirket av EU-domstolens fremtidige tolkning av grunnrettighetspakten. Noen vil se dette som et bevis på at EØS-avtalen er tilstrekkelig fleksibel til å integrere EFTA-statene i EUs indre marked uten noen revisjon av avtalens hoveddel. Andre vil betrakte det som en utvikling av EØS-retten uten demokratisk forankring i EFTA-statene og, dermed, som et bekymringsfullt skår i EFTA-statenes suverenitet.

Avslutningsvis kan det føyes til at konfliktpotensialet knyttet til pakten nok er forholdsvis begrenset også på det rettspolitiske plan – det er ganske enkelt ikke helt lett for EFTA-statene å argumentere for en tolkning av EØS-retten i strid med det som i EU betraktes som grunnleggende rettigheter. Et mulig konfliktområde er likevel knyttet til paktens potensielle betydning for det som i den norske politiske debatten tidvis omtales som «eksport av velferdsgoder» – altså spørsmål knyttet til når og i hvilket omfang EØS-utlendinger kan kreve studielån, barnetrygd, kontantstøtte, arbeidsledighetstrygd, sosialhjelp, helsetjenester osv. Det er flere bestemmelser i pakten som kan tenkes å få betydning her – eksempelvis artikkel 14 om retten til utdanning, artikkel 33 om familieliv, artikkel 34 om trygd og sosialhjelp og artikkel 35 om helsetjenester. Et konkret eksempel knyttet til artikkel 34 om trygd og sosialhjelp er EU-

⁸⁵ Det er nå oppnådd enighet mellom alle involverte parter om det prosessuelle rammeverket, se “Draft Revised Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, Final Report of the ad hoc “47+1” Group, Strasbourg, 5 April 2013. Utkastet må godkjennes av EU-domstolen før EU kan tiltre konvensjonen. Formelt sett sikrer utkastet EMD siste ord ved tolkningen av EMK, men det gjenstår likevel å se hvordan forholdet mellom EMD og EU-domstolen kommer til å utvikle seg i praksis.

domstolens dom våren 2012 i sak C-571/10 *Kamberaj*, hvor EU-domstolen trakk denne bestemmelsen inn i tolkningen av direktiv 2003/109/EF og konkluderte med at italienske regler som forskjellsbehandlet EØS-borgere og tredjelandsborgere med tanke på bostøtte var i strid med EU-retten. Akkurat dette direktivet er ikke omfattet av EØS-avtalen, men dommen antyder likevel at bestemmelsene i paktens kapittel om solidaritet kan bidra til tolkning av EØS-regelverk som kanskje ikke passer norske myndigheter særlig godt.

I praksis kan det nok vise seg at det er utenfor EØS-avtalens anvendelsesområde at grunnrettighetspakten vil kunne få størst betydning for norske myndigheter. Et ferskt eksempel gir EU-domstolens dom 6. juni 2013 i sak C-648/11 [A5], *M.A. m.fl. mot Secretary of State for the Home Department*, hvor paktens artikkel 24 om barns rettigheter ledet til en tolkning av forordning 343/2003 som innebærer at mindreårige, enslige asylsøkere har krav på å få sin asylsøknad behandlet i oppholdsstaten, selv om vedkommende tidligere er registrert som asylsøker i en annen medlemsstat. Gjennom Norges deltakelse i det såkalte Dublin-samarbeidet får dette direkte konsekvenser for norsk asylrett.